

Ensayo jurídico sobre la película “Iluminados por el Fuego” de Tristán Bauer

“Las Malvinas serán campo de disputa conceptual y obrarán como divisoria de aguas de la política argentina durante mucho tiempo. De hecho los alzamientos castrenses que jaquearon a los gobiernos de Raúl Alfonsín y Carlos Menem fueron protagonizados en forma casi exclusiva por oficiales de las unidades de comandos que participaron en la represión interna y luego combatieron en las islas. En las turberas malvinenses se intenta sublimar el fango de la guerra socia”

Horacio Verbitsky¹

“Hoy se trata de recuperar el sentido de la Nación a través del pasado. Es evidente cómo las Malvinas quedaron como punto ciego completamente ocultado, tapado, cuando participó, sin embargo, la totalidad de la población. Sorprende un poco ese olvido, sobre todo de parte de los intelectuales que por lo menos podían haber elaborado, pensado retroactivamente cuál fue el papel que ellos cumplieron frente a esa destrucción en la que se recupera la democracia” ... “Lo terrible es la indiferencia de la sociedad que los mandó al muere y por lo tanto se hizo cómplice y participe del terror militar. Después vuelven y ahí están, nadie los atiende, no existen. Así que de alguna manera lo ex combatientes son también desaparecidos”

León Rozitchner²

INTRODUCCION

Generalmente, el conflicto bélico ocurrido en las Islas Malvinas durante el año 1982 es analizado como parte del fracaso del último gobierno militar y como un intento de supervivencia política de una dictadura jaqueada por la crisis económica y por las denuncias de violaciones de los derechos humanos. Tanto Oscar Cardoso como Ricardo Kirschbaum y Eduardo Van der Kooy, señalan que el análisis para llevar adelante la recuperación de la soberanía sobre las Islas desarrollado por la Junta Militar no era otra cosa que “una fuga para adelante”, una maniobra de distracción para disimular la decadencia de la dictadura y un proyecto sin sustento de seguir en el tiempo³.

El imaginario colectivo sobre las Islas Malvinas está centrado básicamente en el conflicto bélico que tuvo lugar entre los días 2 de abril al 14 de junio de 1982, y no en pensar que tal vez las Islas también significan el avasallamiento de los derechos internacionales y de la soberanía nacional, como así también una de las últimas expresiones de un colonialismo clásico casi ya extinto; y en relación a la guerra, los recuerdos están centrados prácticamente en la manipulación política hecho por la dictadura militar, escenificada en la “plaza de Galtieri” y en los diarios y revistas con el “Vamos ganando”; pero no está latente a nivel social la imagen de lo que aconteció con los soldados durante el conflicto bélico.

¹ Verbitsky, Horacio; La última batalla de la Tercera Guerra Mundial, editorial sudamericana, Página/12, 2006, pag.11.

² Rozitchner, León, autor del libro Las Malvinas: de la guerra sucia a la guerra limpia. Entrevista publicada en revista en N°183, de 31 de marzo de 2007.

³ V. en este sentido, la obra Malvinas. La trama secreta, de editorial Sudamericana-Planeta, 1983; también es ilustrativo señalar que este análisis político es compartido por la dirigencia política que actual, como las declaraciones del canciller, Jorge Taiana, publicadas en el diario Página 12, de 1º de abril de 2007: “...la guerra fue la mala utilización de un sentimiento nacional con un fin bastardo, que era la perpetuación de la dictadura”.

La película estrenada en el año 2005, “Iluminados por el Fuego”, basada en la novela homónima del ex combatiente Edgardo Esteban⁴, está centrada en la denuncia de la existencia de castigos corporales por parte de los superiores a los soldados conscriptos que participaron en esa contienda bélica. Los hechos que describen tanto la película como la novela es la historia de tres jóvenes de 18 años, quienes, sin una instrucción militar adecuada, mal alimentados, viviendo en una trinchera y sin una vestimenta acorde al clima de las Islas, tienen la necesidad de robar comida –en este caso, matan una oveja- para poder alimentarse y como consecuencia de ello, uno de los tres, por orden directa de su superior, es castigado bajo la forma de estaqueo –es decir, acostado en el piso, atado de pies y manos- pasando una noche entera bajo las condiciones climáticas de las Islas, soportando sus bajas temperaturas, la caída de lluvia en su cuerpo –generalmente agua fría-, amén del temor que proyectiles impactaran en su cuerpo o cerca de su posición⁵.

El objetivo del presente trabajo está orientado a analizar jurídicamente los hechos, es decir, las torturas y las violaciones a los derechos humanos producidas por los superiores jerárquicos a su propia tropa durante un conflicto bélico, y para eso va a ser necesario contextualizar estos hechos a fin de determinar si estamos en presencia de algunas de las figuras criminales contempladas en el Estatuto de Roma, ya sea, crímenes de guerra o de lesa humanidad.

LA GUERRA Y EL DERECHO

En primer lugar, y antes de analizar si las conductas arriba descriptas pueden constituir algunos de los delitos previstos en el Estatuto del Tribunal Penal Internacional, corresponde realizar un breve análisis acerca de la relación entre el orden jurídico y el estado de guerra.

La famosa frase de Clausewitz “la guerra es la continuidad de la política por otros medios” acuña la idea, entre otras, que la guerra no es un conjunto de actos bárbaros realizados por salvajes hambrientos de sangre y dolor, sino que, bien por el contrario, es un conjunto de actos planificados y ordenados de manera tal de lograr un objetivo político: la victoria física sobre un enemigo, y que la misma se tenga por finalidad lograr un triunfo que se traduzca también en términos políticos, ya sea, el exterminio físico (y/o cultural) del enemigo para alcanzar el dominio de un territorio

⁴ V. Iluminado por el fuego. Confesiones de un soldado que combatió en Malvinas, editorial Sudamericana Página/12, 2007.

⁵ Actualmente, estos hechos están denunciados en una causa penal que tramita en el Juzgado Federal de Río Grande, Provincia de Tierra del Fuego y que tiene por objeto determinar las responsabilidades penales por el maltrato sufrido por los ex combatientes durante el conflicto bélico. Según el requerimiento fiscal del Dr. Marcelo Alejandro Rapoport, los hechos son imprescriptibles ya que, según su opinión, merecerían ser calificados o como crímenes de guerra o de lesa humanidad, estando denunciados más de cincuenta casos.

determinado, y/o la apropiación de los recursos naturales de ese mismo lugar conquistado. Y, además, no hay forma de lograr ese objetivo sin entender que la guerra también es una práctica política, y como tal, debe ser analizada, siendo varios los autores que han tratado de desarrollar una teoría acerca de la guerra⁶.

Ahora bien, en cuanto a la relación entre el orden jurídico y el estado de guerra, es posible sostener que si durante siglos el derecho fue pensado y concebido en la sociedad occidental como regulador de un orden de paz, esta circunstancia ayudó fuertemente a lograr que la acción de ruptura de ese orden –es decir, la guerra- quedara fuera del derecho, no ya contra el derecho sino marginada de todo ordenamiento jurídico. Es por eso que la guerra aparece ausente en las Teorías Generales del Derecho y en las constituciones escritas⁷.

Así, al concebir a la actuación bélica toda como fenómeno ajurídico, resulta lógico que el Estado de Derecho le prestara sino poco interés, pese a que políticamente el estado de guerra nunca fue ignorado, ya que ésta es la más violenta prueba a que puede ser sometida una forma social cualquiera que realice el derecho. En este sentido Quintano Repolles señala que mientras *“que el derecho a la guerra y la calificación de justicia o injusticia del mismo, se ha visto que se aquilata y perfila ya en la alborada de la filosofía cristiana, en la agustiniana sobre todo, el fenómeno real de la guerra misma tarda mucho más en sujetarse a reglas de carácter moral y jurídico, siquiera ideales. Diríase que la enormidad misma de sus horrores impedía la sumisión del fenómeno bélico al derecho, y aun que su estado de violencia integral fuese por definición la negación de lo jurídico, haciendo poco menos que absurda la conciliación de ambos conceptos e incongruente la expresión misma de “derecho de guerra”, al menos en su sentido objetivo. Aunque no hayan faltado, incluso entre otros los autores modernos, de confesión positivista, la opinión general reconoce hace ya más de un siglo la posibilidad y conveniencia de acordar las realidades violentas de la guerra con ciertos principios de moderación y humanidad que se estiman unánimemente como patrimonio del mundo civilizado”*⁸.

⁶ Entre los pensadores que desarrollaron una hipótesis o análisis de la guerra podemos mencionar a autores clásicos como Sun Tzu El arte de la guerra, Nicolás Maquiavelo, Del arte de la guerra, Kar von Clausewitz, De la Guerra, entre muchos otros.

⁷ V. en sentido, el desarrollo de Mainar, Horacio L., Ensayo de una guerra. Editorial Perrot, Buenos Aires, 1954, quien cita como autores que comparte esta opinión a Alberdi en El crimen de la guerra; también Jellineck en Teoría General del Estado, Ed. Albatros, Bs. As., 1943; pag.497, *“...en tanto que la guerra, aunque limitada por el Derecho Internacional Público queda fuera de todo orden jurídico”*. Una guerra no puede ser conducida según las prescripciones de la Carta Magna, Lord Justice Scrutton: *“La coexistencia del estado de guerra y del orden constitucional es inconcebible...”* Sánchez Viamonte, Carlos, Ley Marcial y estado de sitio en el Derecho Argentino, Impresora Uruguaya S.A., Montevideo, 1931, pag. 18.

⁸ Conforme Quintano Repolles, Antonio; Tratado de Derecho Penal Internacional e Internacional Penal, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Instituto “Francisco de Vitoria”, Madrid, 1955, pag. 511.

Visto de este punto de vista, al concebir a la actuación bélica toda por fuera del fenómeno jurídico, resulta lógico que el Estado de Derecho le prestara sino poco interés, pese a que en la realidad política no se ignoró nunca que la guerra era la más violenta prueba a que puede ser sometida una forma social cualquiera que realice el derecho.

Hoy esta posición es insostenible, en el sentido de que no es válido sostener que alguna relación humana en sociedad quede afuera del ámbito de regulación normativa o le sea ajeno o externa al Derecho. En este sentido, podemos ir adelantado preliminarmente que el Derecho de Guerra (o *ius in bello*) puede ser considerado como el conjunto de reglas que las fuerzas armadas de los Estados, -ya sea en caso de conflicto armado internacional o interno⁹- deban respetarse con el fin de limitar los sufrimientos y daños causados durante la contienda bélica. Como remarca Olásolo Alonso, el Derecho de Guerra “*constituye una segunda barrera de protección que sólo entra en funcionamiento cuando el ius ad bellum, que prohíbe que los estados recurran en sus relaciones al uso de la fuerza armada excepto en caso de legítima defensa (individual o colectiva) o de actuación en el marco del sistema de seguridad colectiva previsto en la Carta de las Naciones Unidas, no puede evitar el inicio de un conflicto armado*”¹⁰.

Ahora bien, el concepto de guerra -y por lo tanto su regulación jurídico- ha variado a través de la historia: en una primera etapa, las disputas bélicas se desarrollaban entre naciones o tribus, más adelante, durante la Edad Media, el conflicto bélico era considerado una relación de señor a señor y el particular se ve arrastrado a la contienda por su situación de vasallaje -quien, en principio, él no está en guerra sino su señor feudal, a quien debe determinada asistencia guerrera, por determinado tiempo y dentro de cierto límite geográfico-; posteriormente, la guerra empezó a ser vista no ya como relación entre señores únicamente, sino de Estado a Estado, y son sus ejércitos los que están en guerra -el número de interesados en esta relación de derecho se amplía notablemente: todo el que puede llegar a ser militar es alcanzado-; más adelante en el tiempo, la guerra es entre nación y nación, y por lo tanto la relación de lucha se establece de todo hombre a todo hombre y desaparece toda tolerancia¹¹.

Los últimos acontecimientos mundiales y los cambios de paradigma mundial que significó simbólicamente la caída del Muro de Berlín y la consolidación de un solo poder hegemónico, tanto económico como militar, también simboliza un cambio en la forma de entender tanto el estado de “guerra” como su regulación normativa. En este sentido, no cabe duda

⁹ Este tema será desarrollado más adelante.

¹⁰ Conf. Olásolo Alonso, Héctor; Ataques contra personas o bienes civiles y ataques desproporcionados, Cruz Roja Española. Centro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario y tirant lo blanch, Valencia, 2007, pag.27.

¹¹ V. el desarrollo de Mainar, Horacio L., Op. Cit., pags. 21/22.

alguna que sucesos como el atentado terroristas a las Torres Gemelas de Nueva York del 11 de septiembre de 2001, el de diciembre de 2003 en Bali (Indonesia), el del 11 de marzo de 2004 en la estación de Atocha en Madrid, el del 1 de septiembre en la escuela de Beslan (Rusia), el del 7 de julio de 2005 en el Metro de Londres, han demostrado la existencia de un peligro real y la posibilidad de otros atentados de carácter masivo en cualquier Estado con problemas de terrorismo interno vinculado a movimientos extremistas independentistas, o más o menos directamente involucrados en el conflicto bélico desencadenado a raíz del atentado de Nueva York por el Gobierno del Presidente Bush de los Estados Unidos de América contra los países que supone suministran apoyo o sirven de base logística a los grupos terroristas fundamentalistas islámicos autores de esos atentados. Pero la reacción no ha sido sólo ésta de carácter bélico, desarrollada sea dicho de paso sin el permiso del Consejo de Seguridad de la ONU y sin haber demostrado la existencia de armas de destrucción masiva, que fue el pretexto que se dio para justificar la invasión de Irak, sino otra de carácter jurídico y que desarrolla un nuevo concepto de guerra en el sentido de una supuesta superación del concepto tradicional entre Estados para encontrarnos en presencia de una nueva situación jurídica bélica¹².

La situación de guerra no produce un decaimiento o disminución del orden normativo sino que él mismo entra a actuar de otra forma, a través de otra manifestación de Derecho, más allá del problema de la legitimidad de la guerra en concreto y de la legitimidad con que se haya invocado al

¹² En este sentido, es ilustrativo traer a colación a Michael Hardt y Antonio Negri en Multitud. Guerra y democracia en la era del Imperio, ed. Debate, primera edición en Argentina, diciembre de 2004, cuando textualmente remarcen: “Tradicionalmente, la guerra se concebía como un conflicto armado entre entidades políticas soberanas, es decir, en la época moderna, entre estado-nación. Pero en la medida en que hoy está declinando la autoridad soberana de los estados-nación, incluso de los hegemónicos, y emerge en su lugar una nueva forma supra nacional de soberanía, un Imperio global, las condiciones y la naturaleza de la guerra y de la violencia política necesariamente están cambiando. La guerra se está convirtiendo en un fenómeno general, global e interminable (...) Mientras que la guerra en su concepción tradicional del derecho internacional, es un conflicto armado entre entidades políticas soberanas, la guerra civil es un conflicto armado entre combatientes soberanos y/o no soberanos dentro de un mismo territorio soberano. Pero ahora esta guerra civil no hay que entenderla dentro de un espacio nacional –ya que ha dejado de ser la unidad efectiva de la soberanía-, sino el territorio global. El marco de referencia del derecho internacional con respecto a la guerra se ha erosionado. Desde esta perspectiva, todos los conflictos armados actuales del mundo, fríos y calientes –en Colombia, Sierra Leona y Aceh como Israel/Palestina, India/Pakistán, Afganistán e Irak-, deberíamos considerarlos como guerra civiles del Imperio, aunque registren la intervención de algunos Estados. Lo cual no significa que esos conflictos movilicen todo el Imperio, ya que, en efecto, cada uno de ellos es local y específico, sino que existen dentro del sistema imperial global, por los que están condicionados y al que, a su vez, afectan. Por tanto, ninguna guerra local debe ser contemplada aisladamente, sino como parte de una gran constelación, vinculada en mayor o en menor grado a otras zonas de guerra, así como a zonas que por ahora no están en guerra. La pretensión de soberanía de estos combatientes es dudosa, por calificarla de alguna manera: luchan más bien por una dominación relativa dentro de las jerarquías en los niveles más altos y más bajos del sistema global. Para hacer frente a esta guerra civil global se necesitaría un nuevo marco de referencia que fuese más allá del derecho internacional”, pags.23/24 y sgts.

estado jurídico de guerra para establecer medidas de gobierno internas. Admitir, por lo demás, tal decaimiento del Derecho para situaciones jurídicas que el estado de guerra provoca o autoriza a provocar, significaría que la estructura de dominación llamada política, no contaría para el cumplimiento de su máxima actividad –para la guerra- con un elemento constitutivo del Estado de Derecho, es decir, el sistema jurídico. La guerra sería con ello una actividad política fuera del Derecho, y lo sería, no en lo internacional, sino precisamente en lo interno, en el pleno y reconocido ordenamiento jurídico interno.

Según recuerda Schiffrin, Grocio considera que la *“guerra es un fenómeno humano inevitable, al que la ética y el derecho deben tratar de poner límites, sin ilusionarse tampoco, empero, con la idea de que, a la larga, sea posible instalar la paz universal anunciada por el profeta Isaías”*¹³.

ANALISIS DE LOS HECHOS A LA LUZ DEL DERECHO HUMANITARIO

Si bien, como ya fue dicho, el objetivo del trabajo es analizar si los hechos sucedidos en el conflicto bélico durante el año 1982 en las Islas Malvinas en relación a las torturas sufridas por los combatientes por parte de su superior pueden ser con tipificados como delitos de guerra o de lesa humanidad –recogidos en el Estatuto de Roma-, esto no significa que no deba hacerse un pequeño análisis en relación a si el derecho humanitario da respuesta a esta situación.

El sometimiento de la guerra a una regulación jurídica aparecen la recepciones de las doctrinas humanistas del siglo XIX, y, recién después de 1945, como consecuencia de los avatares de la segunda guerra mundial, la comunidad internacional empezó un proceso de legislar universalmente este tipo de situaciones. Así, Quintano Ripollés sostiene *“La sujeción de la guerra a normas más o menos estrictas de carácter jurídico, o por lo menos de pretensiones obligatorias en este orden, es un fenómeno relativamente moderno, hijo de las concepciones humanitarias del siglo XIX. De nuestro es, en cambio, precisamente de 1945, la realidad de su incriminación en el campo internacional y en vía de justicia penal del tal signo, puesto con anterioridad. Dicha materia, como todas las otras de matiz penal internacional, se reservaba de modo exclusivo la jurisdicción interna de cada país que en sus códigos y leyes locales, generalmente la castrense, tipificaba y regulaba la represión conforme a su voluntad de*

¹³ Conf. Schiffrin, Leopoldo; *“Hugo Grocio y la jurisdicción penal universal”*, publicado en Aportes Jurídicos para el análisis y juzgamiento del genocidio en Argentina, editado por la Secretaría de Derechos Humanos del Gobierno de la Provincia de Buenos Aires, compilado por el Dr. Eduardo Rezsés, La Plata, noviembre de 2007.

soberanía, mejor o peor acordada con las normas internacionales, pactadas o consuetudinarias”¹⁴.

La codificación del derecho humanitario en tratados multilaterales comenzó relativamente temprano en comparación con otras ramas del derecho internacional, ya que este es el resultado de un largo proceso normativo, cuyos orígenes se remontan a la postrimería del siglo XIX, cuando se tiende a codificar las leyes y costumbres de la guerra.

Este Derecho Internacional Humanitario se caracteriza por contener dos conjuntos de normas: el “Derecho de La Haya”, cuyas disposiciones se refieren a las limitaciones o prohibiciones de medios y métodos específicos de guerra y el “Derecho de Ginebra”, que trata de la protección de las víctimas de los conflictos armados, es decir, los no combatientes y los que no participaron en las hostilidades o han dejado de hacerlo. Con la aprobación de los Protocolos Adicionales de 1977, donde se combinan ambas ramas del Derecho Internacional Humanitario, esa distinción es ahora, ante todo, histórica y didáctica.

Antes de introducirnos en el tema en cuestión, es bueno recordar que el Derecho Humanitario es la rama del Derecho Internacional Público que tiene por fin establecer un conjunto de normativas orientadas a mitigar los sufrimientos humanos que se producen durante un conflicto bélico.

Ahora bien, el desarrollo de la rama del derecho aplicable a los conflictos armados, usualmente llamada “Derecho de La Haya”, no comenzó en La Haya, sino en dos localidades muy lejanas de esa ciudad: Washington y San Petersburgo¹⁵.

Durante la guerra civil estadounidense (1861-1865), el presidente de los Estados Unidos (la parte norte de la guerra) promulgó en el año 1863 en Washington, una orden célebre titulada “Instrucciones para el Gobierno de las Fuerzas Armadas de los Estados Unidos en Campaña”. El texto había sido preparado por Francis Liebre, un jurista internacional de origen alemán que había emigrado a los Estados Unidos. Este documento proporciona normas detalladas sobre todos los aspectos de la guerra terrestre, desde la conducción de la guerra y el trato debido tanto a la población civil como el que deben recibir ciertas categorías específicas de personas, como prisioneros de guerra, heridos y francotiradores. Si bien este texto fue redactado para que fuera aplicado en una guerra civil, el Código de Liebre sirvió como modelo de inspiración para los esfuerzos que la comunidad internacional inició en el siglo XIX a fin de lograr una codificación generalmente aceptable de las leyes y costumbres de guerra.

¹⁴ Quintano Repolles, Antonio; *Op. Cit.*, pag. 511.

¹⁵ V. en relación a este desarrollo histórico V. Kalshoven, Frits – Zegveld, Liesbeth; *Restricciones en la conducción de la guerra*, Comité Internacional de la Cruz Roja, Ginebra, marzo de 2001, tercera edición, pags. 23 y sgts.

Posteriormente, en el año 1868, en la ciudad de San Petersburgo, vio a luz otro importante documento: la Declaración sobre la Renuncia al Empleo, en tiempos de guerra, de proyectiles de un peso inferior a 400 gramos. Si bien, en más de un aspecto, este documento estaba en las antípodas del Código de Liebre, en el sentido de que éste es un conjunto de leyes internas compiladas unilateralmente, que abarca una muy amplia gama de temas, que versa sobre un único y muy específico aspecto de la conducción de la guerra: el empleo de proyectiles ligeros, desarrollados poco antes, que fueran explosivos o que estuvieran cargados de materias fulminantes o inflamables.

El llamado Derecho de La Haya surge en 1899 a raíz de una iniciativa del Gobierno ruso cuando los delegados de veintinueve de los estados que existían entonces, se reunieron para debatir asuntos relativos a la guerra y a la paz. El principal objetivo de esta primera Conferencia Internacional de la Paz era crear las condiciones necesarias para impedir el desencadenamiento de nuevas guerras y buscaba alcanzar dicho objetivo obligando a los Estados a someter sus disputas al arbitraje internacional y convocando, periódicamente, una conferencia internacional para debatir todos los problemas que pudieran surgir en relación con el mantenimiento de la paz. Pero la Conferencia no pudo lograr su propósito ya que si bien, en términos generales, los Estados estuvieron de acuerdo en que el arbitraje era un medio excelente para ello, los mismos Estados consideraron que no estaban dadas las condiciones políticas para su implementación.¹⁶

Además de centrar la discusión en el mantenimiento de la paz, los delegados también debatieron acerca de una serie de propuestas relativas a la conducción de la guerra: una de esas era la de codificar las “leyes y costumbres de la guerra terrestre”, basándose en gran medida en un texto redactado en una conferencia internacional anterior, celebrada en el año 1874 en Bruselas. Esta “Declaración de Bruselas de 1874” que nunca entró en vigor, había recibido, a su vez, una gran influencia del Código de Liebre, de la cual surgió un Convenio sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre y un reglamento anexo al Convenio, el cual contiene normas relativas a todos los aspectos de la conducción de la guerra terrestre sobre los que las Partes Contratantes pudieron concertarse, por ejemplo, categorías de personas que deben ser consideradas combatientes (llamadas “beligerantes”); trato debido a los prisioneros de guerra; restricciones sobre la adopción de medios y métodos de hacer la guerra, incluidas las normas básicas sobre la protección debida a la población civil (especialmente el artículo que refiere a la prohibición del bombardeo a pueblos que no estén defendidos y a los bienes culturales y restricciones sobre el comportamiento de una Potencia ocupante).

¹⁶ V. Kalshoven, Frits – Zegveld, Liesbeth; *Op. Cit.*, pags. 23 y sgts.

En esta conferencia, si bien los delegados no lograron ponerse de acuerdo sobre todas las cuestiones, el debate se enriqueció significativamente con la inclusión, en el preámbulo del Convenio, de una cláusula que, con razón, es célebre y que, en honor al delegado ruso que la propuso, se conoce como la “cláusula Martes” y que significó el reconocimiento de la vigencia del derecho internacional humanitario y puede ser visto como antecedentes de lo que años más tarde quedará plasmado en los arts. 43 y 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados¹⁷.

Más allá de que no había sido posible resolver todos los problemas planteados, las Partes Contratantes afirmaron que si bien no era su intención que “los casos no previstos fueran, a falta de estipulación escrita, dejados a la apreciación arbitraria de los que dirigen los Ejércitos”; sino que, por el contrario, para esos casos, tanto las personas civiles como combatientes *“quedan bajo la salvaguardia y el imperio de los principios del derecho de gentes, tales como resultan de los usos establecidos entre naciones civilizadas, de las leyes de la humanidad y de las exigencias de la conciencia pública”*. Esta frase, si bien fue formulada específicamente para el espinoso problema de la resistencia armada en un territorio ocupado, ha adquirido una significación que trasciende ese problema particular, ya que quiere decir, ni más ni menos que, aunque los Estados no logren un acuerdo acerca de un asunto en particular, la conducción de la guerra siempre estará regida por los principios existentes del derecho internacional¹⁸.

Posteriormente, en 1907, tal como se había previsto, las autoridades competentes convocaron la segunda Conferencia de la Paz de La Haya. En esta oportunidad, tampoco fue posible alcanzar el objetivo principal, es decir, garantizar la paz internacional, aunque en realidad, todas las ilusiones forjadas en este sentido fueron brutalmente segadas por el desencadenamiento en 1914 de la Primera Guerra Mundial, acontecimiento que, obviamente, impidió celebración de la tercera Conferencia de la Paz convenida. No obstante ello, la segunda Conferencia pudo introducir una modificación menor del Convenio y del reglamento de 1899, siendo el punto más importante el relativo al bombardeo de pueblos que no

¹⁷ Esta cláusula dispone: “*Esperando, pues, un código más completo de las leyes de la guerra pueda ser proclamado, las Altas Partes contratantes juzgan oportuno constatar que, en los casos no comprendidos en las disposiciones reglamentarias adoptadas por ellas, las poblaciones y los beligerantes quedan bajo la protección y bajo el imperio de los principios del derecho de gentes, tales como ellos resultan de las naciones civilizadas, así como de las leyes de la humanidad y las exigencias de la conciencia pública*” esta cláusula se reiteró en la IV Convención de La Haya de 1907 y, en términos similares fue introducida en los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 al establecerse que la denuncia de los Convenios “*no tendrá efecto alguno sobre las obligaciones que las Partes contendientes habrán de cumplir en virtud de los principios del derecho de gentes tales como y como resultan de los usos establecidos entre naciones civilizadas de las leyes de la humanidad y de la conciencia de las exigencias públicas*” (arts. 63, 62, 142 y 158 de los Convenios I a IV, respectivamente).

¹⁸ V. Kalshoven, Frits – Zegveld, Liesbeth; *Op. Cit.*, pags. 24 y sgts.

estuvieran defendidos; y, asimismo, la Conferencia trató activamente varias cuestiones relativas a la guerra naval.

Si bien la tercera Conferencia que debía reunirse en 1914 no pudo realizarse, los Estados hallaron otras oportunidades para reafirmar y elaborar normas sobre la conducción de las hostilidades. Por ejemplo, el Protocolo del 17 de junio de 1925 sobre la prohibición del uso en la guerra, de gases asfixiantes, tóxicos o similares medios bacteriológicos, la Convención para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado, aprobada en La Haya el 14 de mayo de 1954, la Convención sobre la prohibición de desarrollo, la producción y almacenamiento de armas bacteriológicas (biológicas) y toxínicas y sobre su destrucción, del 10 de abril de 1972, la Convención sobre prohibiciones o restricciones de ciertas armas convencionales que pueden considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminatorios, del 10 de octubre de 1980; la Convención sobre la prohibición del empleo, almacenamiento y transferencia de minas antipersonal y sobre su destrucción, firmada en Ottawa, el 18 de septiembre de 1997¹⁹

Por otra parte, en relación al llamado “Derecho de Ginebra”, el primer Convenio fue firmado el 22 de agosto de 1864 y tenía por fin el mejoramiento de los militares heridos en los ejércitos de campaña. El Convenio original fue revisado en los años 1906, 1929 y 1949, y además, se extendió a la protección de los heridos y a los enfermos de fuerzas armadas en el mar mediante los artículos adicionales de 1868 (no ratificados), al Convenio de La Haya para la adopción de los principios del Convenio de Ginebra a la guerra marítima (Convenio III de La Haya, de 1899 y Convenio de La Haya de 1907) y al Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar, del 12 de agosto de 1949 (Convenio II). A su vez, la protección también se extendió también a los prisioneros de guerra mediante el Convenio relativo al trato debido a los prisioneros de guerra, firmado en Ginebra, el 27 de julio de 1929, y más tarde, mediante el Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo al trato debido a los prisioneros de guerra (III Convenio)²⁰.

Los horrores de la Segunda Guerra Mundial convencieron a los Estados de la necesidad de extender la protección convencional a las víctimas civiles de la guerra; así se aprueba el Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra (IV Convenio). Por último, tras la experiencia de la guerra civil española, la Conferencia Diplomática de 1949 extendió la aplicación de ciertos principios humanitarios a las víctimas de conflictos

¹⁹ V. Kalshoven, Frits – Zegveld, Liesbeth; *Op. Cit.*, pags. 27 y sgts.

²⁰ V. Bugnion, François; “*Op. Cit.*”.

armados no internacionales, mediante el artículo 3 común de la Convención de Ginebra de 1949.

La cuestión central del derecho de Ginebra ha sido siempre la protección de las víctimas: militares heridos o enfermos, náufragos, prisioneros de guerra o personas civiles. Aplicando por extensión los mismos principios, se fue ampliando cada vez más la categoría de víctimas protegidas; dado que todas las etapas significativas del desarrollo de ese derecho tuvieron lugar en Ginebra, se acostumbra designarlo con el nombre “Derecho de Ginebra”²¹.

Ahora bien, como el objetivo fundamental tanto del Derecho de La Haya como el de Ginebra, es la protección de las víctimas, los métodos para prestar esa protección son diferentes. Los Convenios de Ginebra procuran, principalmente, proteger a las personas cuando se han convertido en víctimas, es decir, heridos, náufragos, prisioneros de guerra o personal civil en poder del adversario, mientras que el Derecho de La Haya se propone proteger a los combatientes y a los no combatientes, restringiendo los métodos y los medios de combate; y en cierto sentido, es posible considerar que el Derecho de La Haya ya que tiene su aplicación antes que el Derecho de Ginebra y que hace hincapié, ante todo, en la prevención²².

En gran medida, el Derecho de La Haya y el de Ginebra se unieron a través de la aprobación, el 8 de junio de 1977, de los dos Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, que actualizaron y desarrollaron no sólo las normas relativas a la protección de las víctimas de la guerra, sino también las que rigen la conducción de las hostilidades.

Al distinguir ambos Derechos, es posible comprobar que no existe ninguna línea divisoria claramente definida entre esas dos normativas, sino que se trata de una continuidad normativa, agrupadas bajo dos normas distintas. Por ejemplo, muchas normas pertenecen a ambos derechos. Es el caso de las normas que protegen los hospitales militares o civiles, así como a la población civil, de los bombardeos aéreos y, por consiguiente, en el derecho de la conducción de las hostilidades, si se toma el punto de vista del aviador. Pero también se trata de normas relativas a la protección de las víctimas –y, por consiguiente, pertenecen al derecho de Ginebra – si se tienen en cuenta los efectos en tierra de los bombardeos aéreos, así como a

²¹ Los cuatro Convenios de Ginebra: probados en 1949 están discriminados de la siguiente manera: el primero para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en campaña; el segundo, para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar; el tercero, relativo al trato debido a los prisioneros de guerra, y el cuarto, el relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempos de guerra. Posteriormente, en 1977, se adoptaron el Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales, y el protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la Protección de las Víctimas de Conflictos Armados sin carácter internacional.

²² V. Bugnion, François; “*Op. Cit.*”.

la protección de los hospitales militares o civiles de la población civil. El mismo caso se da con las normas que obligan a los miembros de los movimientos de la resistencia, de las milicias o de otros cuerpos de voluntarios a distinguirse de la población civil mientras conducen sus operaciones militares. Indudablemente, esas normas pertenecen al derecho de la construcción de las hostilidades, ya que dan la definición de las personas autorizadas a participar en las hostilidades; pero también pertenecen al derecho de Ginebra, ya que dispone la concesión del estatuto de prisioneros de guerra a esos combatientes en caso de captura²³.

En gran medida, los principio que subyacen a las normas del derecho de Ginebra y a las del derecho de La Haya son los mismos y fueron determinados en los considerandos de la Declaración de San Petersburgo de 1868 y en el Convenio de La Haya sobre leyes y costumbres de la guerra terrestre de 1907.

Y además, como será analizado en el capítulo siguiente, las disposiciones sobre la represión de los crímenes de guerra englobaron en una misma definición la violación de las normas del Derecho de Ginebra y de las normas del derecho de la conducción de las hostilidades. Así, pues, el artículo 6, letra b, del estatuto del Tribunal Militar Internacional adjunto al Acuerdo sobre el juicio y el castigo de los principales criminales de guerra o de los náufragos, la ejecución de rehenes, el pillaje de bienes públicos o privados, la destrucción sin motivo o la devastación de ciudades o de poblados, no justificadas por las exigencias militares.

En definitiva, los dos principales ordenamientos jurídicos convergieron en el marco de los Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra de 1949, aprobados el 8 de junio 1977.

Este recorrido descripto demuestra que no existe una frontera hermética entre el derecho de Ginebra y el de La Haya; si no que se trata de dos conjuntos de normas que se complementan recíprocamente y sería un error atribuirles un alcance jurídico diferenciado. En realidad, desde la aprobación de los Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra de 1949, la distinción entre el Derecho de Ginebra y el de La Haya tiene, sobre todo, un valor histórico.

La Corte Internacional de Justicia llegó a la misma conclusión en su Opinión Consultiva del 8 de julio de 1996 sobre la licitud de la amenaza o del empleo de armas nucleares cuando sostuvo que: *“Estas dos ramas del derecho aplicable en los conflictos armados han desarrollado vínculos tan estrechos que se considera que, en forma gradual, han formado un único sistema complejo, hoy llamado derecho internacional humanitario. Las*

²³ V. Bugnion, François; “Op. Cit.”.

disposiciones de los Protocolos adicionales de 1977 expresan y dan prueba de la unidad y la complejidad de ese derecho”²⁴.

ABORDAMIENTO DESDE LOS CRIMENES DE GUERRA

Ahora bien, más allá de la posibilidad de establecer algún tipo de responsabilidad estadual en relación a las torturas sufridas por los combatientes por sus propios jefes durante el conflicto bélico en las Islas Malvinas, es necesario también determinar si es jurídicamente posible encontrar responsabilidades penales a los autores de estos crímenes y para eso va a ser necesario analizar el concepto y evolución de los crímenes de guerra.

El conjunto de normas relativas a la regulación de la guerra, al uso de la fuerza y al trato de prisioneros, denominado generalmente “leyes y usos de la guerra” adoptó, hasta la segunda mitad del siglo XIX, la forma de derecho consuetudinario, y recién a partir de la Convención de Ginebra de 1864 comenzó un proceso de codificación que, si bien no contenían disposiciones sobre una responsabilidad penal internacional de los individuos, estas normas regulaban la responsabilidad de los Estados por la violación a las normas de conducción de la guerra.

Es necesario aclarar que los Convenios de Ginebra no establecen normas penales en sentido estricto, esto es, normas dirigidas a regular a los individuos bajo amenaza de pena, ya que éstos no tuvieron por objeto codificar el derecho penal internacional. Los Convenios de Ginebra contienen solamente ciertos mandatos y prohibiciones y, entre otras cosas, obligaciones dirigidas a los Estados en materia penal, tales como el deber de sancionar penalmente ciertas conductas –las llamadas infracciones graves- o el deber de cooperar con otros Estados para la persecución penal; pero, en cambio, no establecen ninguna obligación de reprimir penalmente las infracciones al artículo 3 común aplicable a conflictos armados internos. Ello no es más que el reflejo de la evolución del derecho internacional humanitario y, paralelamente, del contenido del derecho penal internacional, específicamente de los crímenes de guerra.

Estos tipos de delitos tienen su origen y se desarrollan con la propia evolución del ordenamiento jurídico internacional, en donde los crímenes de guerra están estrechamente vinculados con el principio de la responsabilidad penal del individuo, ya que, como dice Anello, “*éste principio tiene su origen en relación con aquellos*”²⁵.

La doctrina define al Derecho Penal Internacional como el conjunto de todas las normas de Derecho Internacional que establecen consecuencias

²⁴ Opinión consultivo de la Corte Internacional de Justicia del 8 de julio de 1996, “*Licitud de la amenaza o empleo de armas nucleares*”, C.I.J., Recueli 1996, pag.34, citado por Bugnion, Frnaçois., en “*El derecho de Ginebra y el derecho de La Haya*”, revista Internacional de Cruz Roja n°844 pag.901-922

²⁵ Conf. Anello, Carolina Susana; Corte Penal Internacional, editorial Universidad, pag.53, quien cita a Rueda Fernández, Casilda en Delitos de Derecho Internacional, ed. Bosch, 2001, pages,111-112.

jurídicos-penales, el cual Kai Ambos caracteriza como una combinación de principios de Derecho Penal y derecho internacional, en donde *“la idea central de la responsabilidad individual y de la reprochabilidad de una determinada conducta (macrocriminal) proviene del Derecho Penal mientras que las clásicas figuras penales (de Nuremberg) en su calidad de normas internacionales, deben clasificarse formalmente como derecho internacional y someten de este modo la conducta en cuestión a una punibilidad autónoma del Derecho Internacional (principio de responsabilidad penal directa del individuo) según el Derecho Internacional”*²⁶.

En efecto, la cuestión de cuando la violación de normas que regulan los conflictos armados puede dar lugar a la aplicación de la categoría de los crímenes de guerra es un tema específico del derecho penal internacional y no ya del derecho internacional humanitario. En este sentido, es importante aclarar que no toda violación referida a los conflictos armados (derecho internacional humanitario) implica necesariamente que la conducta sea un crimen de guerra. Del mismo modo que no toda violación de derechos humanos es necesariamente un crimen contra la humanidad ni da lugar a la aplicación de las reglas del derecho penal internacional.

Es decir, los mecanismos de protección internacional de los derechos humanos, y del derecho internacional humanitario en relación al derecho penal internacional son tres materias que tienen claro vínculos entre sí, pero que no deben ser confundidas.

Por otra parte, si bien, el proceso de definición de los rasgos característicos del derecho penal internacional cobró impulso a partir de la Segunda Guerra Mundial, la idea de que ciertas conductas afectan a la comunidad internacional o al conjunto de las naciones es mucho más antigua.

Schiffrin, luego de citar un pasaje del Antiguo Testamento, recuerda a Hugo Grocio, uno de los fundadores del derecho internacional cuando expresa que *“También debe saberse que los reyes, y aquellos que tienen un poder igual al de los reyes tienen del derecho de infligir penas no sólo por las injusticias cometidas contra ellos mediante y sus súbditos, sino aun por aquellos que no los afectan particularmente, y que violan hasta el exceso el derecho de la naturaleza o de gentes, respecto de cualquiera que el autor de los excesos. Porque la libertad de proveer por medio de castigos a los intereses de la sociedad humana, que en el comienzo, como lo dijimos, pertenecía a los particulares, ha quedado, después del establecimiento de los Estados y de las jurisdicciones, a las potencias soberanas...”*²⁷; pero incluso, antes de Grocio, podemos leer a Santo Tomas de Aquino cuando

²⁶ Conf. Ambo, Kai; *Temas de Derecho Penal Internacional y Europeo*, Marcial Pons, ediciones jurídicas y sociales, S.A., Madrid-Barcelona 2006, pag. 20.

²⁷ Conf. Schiffrin, Leopoldo, *“Pro Iure Mundi”*, en LLBA, I-II, 1998, pags.22.

sostuvo que “...un soberano tiene el derecho de intervenir en los asuntos internos de otro, cuando éste maltrata gravemente a sus súbditos”²⁸.

En general, la punición de conductas violatorias del derecho de gentes, fueron desarrollándose a través de las leyes de la guerra, el avance del comercio y de la navegación, de la piratería, y las materias a las que primordialmente nacen del derecho de gentes de la Edad Media e, incluso, hasta avanzado el siglo XIX.

La doctrina es conforme en señalar que el primer proceso criminal por haber iniciado una guerra injusta fue llevado a cabo en Nápoles en 1268, contra Conradin Von Hohenstafen, quien fue condenado a muerte por ese hecho; y, por otra parte, el primer juicio penal internacional habría sido el realizado en 1474 en Breisach, Alemania, en el que se juzgó a Peter Von Hagenbach por un tribunal de veintiocho miembros elegidos en ciudades del sacro Imperio Romano Germánico, don del acusado fue condenado a muerte por los delitos de asesinatos, violación pillaje²⁹.

Después de la Primera Guerra Mundial aparecieron nuevos intentos de juzgamiento de los crímenes ocurridos durante las contiendas bélicas. Así, mediante el Tratado de Versalles de 1919 surge la creación de un Tribunal internacional el cual juzgaba a Guillermo II de Hohenzollern por la “*ofensa suprema contra la moral internacional y la autoridad sagrada de los tratados*”³⁰; y también aparece citada la creación de un tribunal internacional que juzgue la masacre de la población Armenia en el año 1919 a manos del gobierno turco a través de Tratado de Sevres, pero ante la primera condena a muerte dictada por esa Corte, se inició una revuelta callejera que impidió continuar con los procesos penales³¹.

Un nuevo impulso en la definición y aceptación universal de la existencia de crímenes contra el derecho de gentes que den lugar a la responsabilidad penal del individuo –así como las reglas bajo las cuales tales crímenes deben ser juzgados- se produjo a partir de la Segunda Guerra Mundial, y la creación de un Tribunal internacional que juzgara las conductas cometidas en ese conflicto. El Estatuto del Tribunal Internacional de Nüremberg, en su art. 6 b), define a los crímenes de guerra como “*las violaciones de las leyes o costumbres de la guerra*”, para luego enumerar una lista no limitativa de los actos que comprenderán estas violaciones.

Como fue señalado en el capítulo anterior, en 1949, a instancias del Comité Internacional para la Cruz Roja, fueron aprobados los cuatro Convenios de Ginebra, y más tarde, en 1977, el Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la Protección de

²⁸ Conf. Zuppi, Alberto Luis, Jurisdicción universal para crímenes contra el Derecho Internacional, Ad-Hoc, Bs. As., primera edición, 2002, pag.42.

²⁹ V. Zuppi, Alberto Luis, Op. Cit., pags. 43 y sgts.

³⁰ Conf. Zuppi, Alberto Luis, Op. Cit., pags. 43.

³¹ V. Zuppi, Alberto Luis, Op. Cit., pags. 47.

las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales, y el protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la Protección de las Víctimas de Conflictos Armados sin carácter Internacional; y en estos Convenios quedan evidenciados los actos que pertenecen a los crímenes de guerra, que son los recogidos por el Estatuto de la Corte Penal Internacional.

Prevía a la redacción del Estatuto de Roma, y frente a las graves violaciones de derechos humanos que se estaban cometiendo en el conflicto armado en el territorio de la ex Yugoslavia desde 1991, el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas decidió, crear un Tribunal Penal Internacional ad hoc para la ex Yugoslavia a fin de enjuiciar a los presuntos responsables de las violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidos en ese territorio desde el año 1991; y, por otra parte, a través de la Resolución 827 (1993) aprobó el Estatuto de este Tribunal, en el cual se le otorga competencia para conocer en las violaciones a las leyes o usos de la guerra, el genocidio y los crímenes de lesa humanidad; y, asimismo, en 1994, nuevamente el Consejo de Seguridad, ante los graves hechos que acontecía en Ruanda, por medio de su Resolución 995 (1994), con fundamento en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, decidió crear otro Tribunal Penal Internacional ad hoc, reconociéndole competencia para juzgar los crímenes de genocidio, los crímenes de lesa humanidad y las violaciones al artículo 3 común de los Convenios de Ginebra y al Protocolo Adicional II.

Finalmente, en el marco del Estatuto de Roma, el artículo 8 estipula que la Corte tendrá competencia para juzgar respecto de los crímenes de guerra cuando se cometan como parte de un plan político o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes. Este artículo dispone que deba entenderse por “crímenes de guerra”:

“a) infracciones graves de los convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949...”

“b) otras violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados internacionales dentro del marco establecido de derecho internacional...”

“c) en caso de conflicto armado que no sea de índole internacional, las violaciones graves del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, a saber, cualquiera de los siguientes actos cometidos contra personas que no participan directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, heridas, detención o por cualquier otra causa...”

“d) el párrafo 2 c del presente artículo se aplica a los conflictos armados que no son de índole internacional, y por consiguiente, no se aplica a las situaciones de tensiones internas y de disturbios internos, tales

como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia u otros actos análogos;”

“e) otras violaciones graves de las leyes y los usos aplicables en los conflictos armados que no sean de índole internacional, dentro del marco establecido de derecho internacional...”

“f) el párrafo 2 e del presente artículo se aplica a los conflictos armados que no son de índole internacional, y, por consiguiente, no se aplica a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia u otros actos análogos. Se aplica a los conflictos armados que tienen lugar en el territorio de un Estado cuando existe un conflicto armado prolongado entre las autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre tales grupos.

“3. Nada de lo dispuesto en el párrafo 2 c y e afectará a la responsabilidad que incumbe a todo gobierno de mantener o restablecer el orden público en el Estado o de defender la unidad e integridad territorial del estado por cualquier medio legítimo”.

En primer lugar, hay que recordar que no toda infracción del derecho internacional humanitario es un crimen de guerra, ni toda situación de violencia armada es un conflicto armado para el derecho internacional aplicable; y, por otro lado, también hay que reparar en que estos delitos representan graves violaciones del derecho internacional humanitario.

Tanto el derecho internacional humanitario como los crímenes de guerra previstos para su infracción, indudablemente estaban referidos a la situación de conflictos armados internacionalmente -esto no es extraño si se tiene en cuenta la histórica resistencia de los Estados a que el derecho internacional regule (y eventualmente juzgue) asuntos que se consideren internos-, y las disposiciones de los Convenios de Ginebras se refieren exclusivamente a los conflictos armados de orden internacional; salvo el art.3 común a todos los Convenios tiene como objeto de regulación los conflictos armados internos, motivo por el cual ninguna de las demás prescripciones de estos instrumentos es aplicable a este tipo de situaciones. Esta norma establece algunas disposiciones aplicables *“En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes”.*

Es decir, las prescripciones de los Convenios de Ginebra están dirigidas a regular los conflictos armados de índole internacional, con excepción del artículo 3 común a todos estos instrumentos, que es el único aplicable a casos de conflictos armados internos.

Ahora bien, los crímenes de guerra, tienen en común con los crímenes de lesa humanidad, que también requieren para su configuración un elemento de contexto, esto es que los crímenes se cometan *“como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales*

crímenes”, y se diferencian en que no requiere, los requisitos de pasividad o sistematicidad.

Es decir, como señala Olásolo Alonso *“para estar en presencia de un crimen de guerra no basta con que la conducta típica se produzca en el marco geográfico de temporal de un conflicto armado, sino que es además necesario que la misma se encuentre vinculada de alguna manera con dicho conflicto armado (...) Este requisito se deriva de la concepción de crímenes de guerra como infracción graves de las normas que regulan el comportamiento de las partes contendientes en un conflicto armado, de manera que, a falta de relación entre la conducta típica y el conflicto armado en cuyo seno se produce, no se puede hablar de crimen de guerra sino de delito ordinario cometido en tiempo de guerra”*³².

Ahora bien, en relación a la condición de protegido que, conforme el derecho internacional humanitario, debe tener el sujeto u objeto pasivo sobre el que recae la conducta típica, hay que tener en cuenta que la acción u omisión descrita en el tipo penal debe recaer sobre un sujeto o un bien que esté protegido por el derecho internacional humanitario, ya que si no es así, no cabe hablar ni de infracción de este último ni mucho menos de crimen de guerra,

Los crímenes de guerra previstos en el Estatuto de Roma se pueden dividir en tres grupos de atención a la naturaleza de las personas o bienes sobre los que debe recaer. En primer lugar, se encuentra aquellos recogidos en el art.8 (2) (a) del Estatuto que solo pueden ser cometidos contra personas o bienes protegidos por la Convención de Ginebra de 1949. a grandes rasgos, estos convenios ofrecen protección a las siguientes categorías de personas:

- 1- los enfermeros, heridos, náufragos, personal religioso y personal sanitario de las fuerzas armadas que hayan recaído en poder del enemigo³³;
- 2- los prisioneros de guerra que, por definición, deben encontrarse en poder del enemigo³⁴;
- 3- la población civil y las personas civiles que se encuentran en poder de una parte contendiente o de una potencia ocupante de la que no son nacionales³⁵ o a la que no pertenecen³⁶ —excepto en el caso de

³² Conf. Olásolo Alonso; Ataques contra personas o bienes civiles y ataques desproporcionados, Cruz Roja española, Tirant lo Bloch, Valencia 2007, pag.61.

³³ Ver arts. 13, 24, 25 y 26 del Convenio de Ginebra I, y los arts. 13, 36 y 37 Convenio de Ginebra II

³⁴ Ver art. 4 Convenio de Ginebra III

³⁵ Ver arts. 4 y 20 Convenio de Ginebra II

³⁶ Las Sentencias de apelación en los casos Tadic (párrafos 164-168 y Celebici (párrafos 206 y 207)) y la más reciente Sentencia de primera instancia en el caso Tula y Stela (párrafos 206 y 207) han restado importancia al factor de la nacionalidad y han destacado en su lugar el factor de la afiliación o de la alianza entre el individuo y la parte contendiente de que se trate. Esta jurisprudencia se ha generado en el marco de un conflicto armado como el ocurrido en la antigua Yugoslavia donde los lazos étnicos y religiosos eran mucho más fuertes que los vínculos de nacionalidad.

nacionales de estados neutrales o co beligerantes con represtación diplomática en el Estatuto en cuyo poder se encuentran³⁷.

Por lo tanto, queda claro que los Convenios de Ginebra sólo ofrecen protección una vez que las personas afectadas se encuentran en poder de una parte adversa, lo que en el caso de los combatientes o de las personas que sin tener la condición de combatientes participan directamente en las hostilidades, sólo ocurrirá desde el momento de la detención (a no ser que previamente se haya rendido a discreción y hayan depuesto sus armas con claridad o que no pueden defenderse más debido a sus heridas), y en el caso de civiles desde el momento en que una parte adversa se haya hecho bajo control efectivo del área en el que residen. De esta manera la protección ofrecida por los Convenios de Ginebra no se extienden a las personas que se encuentran en zonas de combate que no han caído todavía en poder de la parta atacante³⁸, y de ahí que no afecte en un principio al desarrollo de las operaciones militares en situación de combate.

Por otra parte, los bienes protegidos por los Convenios de Ginebra pueden dividirse en dos categorías principales en relación con los tipos penales recogidos en el art. 8 (2) (a) del Estatuto³⁹:

- 1- las unidades, establecimientos y transportes ya sean móviles o fijos, ya tengan naturaleza civil o militar, así como los bienes de propiedad de sociedades de ayuda humanitaria como la Cruz Roja internacional⁴⁰;
- 2- cualesquiera otros bienes públicos o privados que se encuentren en zonas de ocupación⁴¹.

Los bienes de carácter sanitario son bienes protegidos en todo momento durante el desarrollo del conflicto armado, incluso cuando se desarrollan operaciones militares en situaciones de combate. Tan sólo

³⁷ Ver arts. 4 y 20 Convenio de Ginebra IV

³⁸ La única excepción a esta regla se refiere al personal sanitario y religioso de las fuerzas armadas encargadas de asistir a los enfermos y heridos, así, el art.24 Convenio de Ginebra I señala que el *“personal sanitario exclusivamente destinado a la búsqueda, a la recogida, al transporte o a la asistencia de los heridos y de los enfermos o a la prevención de enfermedades, y el personal exclusivamente destinado a la administración de las unidades y al establecimiento sanitarios, así como los capellanes agregados a las fuerzas armadas, serán respetados y protegidos en todas las circunstancias”*. Mientras que el art.25 del Convenio de Ginebra I añade que *“los militares especialmente formados para prestar servicios, llegado como enfermeros o camilleros auxiliares en la búsqueda o en la recogida, en el transporte o en la asistencia de herido, serán igualmente respetados y protegidos, si desempeñan estas tareas cuando entran en contacto con el enemigo o cuando caen en su poder”*. Ver también los arts. 26 y 27 Convenio de Ginebra I y el art. 36 Convenio de Ginebra II.

³⁹ Los Convenios de Ginebra también protegen otras categorías de bienes como, por ejemplo, aquellos en posesión de individuos pertenecientes a cualquier de las tres categorías arriba mencionadas. Sin embargo, en principio, el daño o la apropiación ilícita de los mismos no se incluye entre las infracciones graves de los Convenios de Ginebra (arts. 50 Convenio de Ginebra I, 51 Convenio de Ginebra II, 130 Convenio de Ginebra III y 147 Convenio de Ginebra IV) ni recoge tampoco entre las conductas tipificadas en el art. 8 (2) (a) del Estatuto.

⁴⁰ Ver arts. 15, 19, 20, 21 y 33 a 37 Convenio de Ginebra I y arts. 18, 22 a 25, 27 39 y 40 del Convenio de Ginebra II

⁴¹ Ver arts. 16, 18, 19, 21, 22, 33, 53, 57 y 97 Convenio de Ginebra VI.

pierden su protección si son utilizados con fines militares y exclusivamente durante el período en que se dedican a tales fines. Además, en este último supuesto, la protección sólo cesará tras la expiración del plazo dado por la parte atacante en cumplimiento de su obligación de conminar el cese de su uso militar antes de proceder al ataque⁴². Por lo tanto en ese escenario excepcional pueden ser los bienes sanitarios objeto de ataque, sin que ni tan siquiera a la necesidad militar puede justificar su ataque en cualquier otra circunstancia. No ocurre lo mismo con los bienes que se encuentran en zonas de ocupación que además de no gozar de protección en situaciones de combate en las que el área en disputa no se encuentra bajo el control de la parte atacante, pueden ser objeto de destrucción y apropiación si así lo requiere la necesidad militar.

En consecuencia, puede afirmarse que, salvo situaciones excepcionales, en los casos de ataques contra bienes de carácter sanitarios, los crímenes de guerra recogidos en el art. 8 (a) del Estatuto no recogen conductas desarrolladas durante la conducción de las hostilidades en situaciones de combate.

Distinto es el caso de subgrupos de crímenes, que incluyen a todos aquellos recogidos en el art. 8 (2) (c) del Estatuto, y que pueden ser cometidos contra aquellas personas *“que no participen directamente en las hostilidades incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o cualquier otra causa”*⁴³. Como los Elementos de los Crímenes puntualizan, es necesario que se trate de personas civiles o miembros del personal sanitario o religioso⁴⁴ que no tomaban parte activa de las hostilidades. No se exige, sin embargo, que la persona sobre la que recae la conducta típica se encuentre en poder de una parte adversa. Por lo tanto, es perfectamente posible que los crímenes de guerra previstos en el art.8 (2) (c) del Estatuto se cometan en el desarrollo de operaciones militares en situación de combate contra personas protegidas que no se encuentran en el territorio controlado por la parte que lanza el ataque; sin embargo, en estos casos, las muertes o las lesiones provocadas a las personas protegidas sólo podrán ser calificadas como un crimen del este artículo si el ataque que las causó fue ilícito a la luz del derecho internacional humanitario.

En el tercer y último grupo de crímenes de guerra se encuentran aquellos recogidos en el art.8 (2) (b) y (c) que sólo pueden cometerse contra las personas y bienes protegidos por la norma específica de derecho internacional humanitario cuya infracción grave tipifica. En este grupo se

⁴² Ver el art. 19 del Convenio de Ginebra IV.

⁴³ Ver el art. 8 (2) (c) del Estatuto y el art. 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra.

⁴⁴ Según la nota 56 de los Elementos de los crímenes, dentro del personal religioso se incluye también *“personal militar no confesional y no combatiente que realiza una función análoga”*.

encuentran los tres tipos penales de objetos que tienen la condición de objetivo militar.

Ahora bien, los hechos que relata la película *Iluminados por el Fuego* –y que motiva el presente trabajo–, si bien se desarrollaron en un escenario bélico, la situación específica de las torturas sufridas por los soldados en manos de sus propias autoridades, no aparece atrapada ni en las disposiciones del Derecho Internacional Humanitario, ni en las figuras penales que se describen en el estatuto de Roma bajo el amparo de los crímenes de guerra, ya que no aparece en ninguna normativa analizada hasta el momento, la protección a los soldados ante los abusos arbitrarios de sus propios superiores.

No obstante esta ausencia, no puedo dejar de señalar que las normativas aludidas nacen y tienen sentido en tanto puedan dar cobertura a todas las situaciones que puedan generarse en una contienda bélica –o los hechos que sucedan en ese escenario– y que una interpretación amplia de los valores y principios que motivan el sentido de estas normativas, debería también dar cobertura legal a los combatientes, ante los atropellos de sus superiores. Sin embargo, esto no es así.

LOS MISMOS HECHOS A LA LUZ DE LOS CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD

Finalmente, ante la falta de respuestas existentes tanto del derecho Internacional Humanitario como de los Crímenes de Guerra, queda por analizar si las conductas analizadas en el presente trabajo pueden quedar atrapadas por las figuras típicas de los crímenes de lesa humanidad.

Esta figura fue incorporada a la Carta del Tribunal Militar Internacional que integra el Acuerdo del 8 de agosto 1945 firmado por los gobiernos de Estados Unidos de América, Gran Bretaña, Unión de República Socialistas Soviéticas y Francia, y su inclusión respondió a la intención de no restringir la actuación del tribunal sólo a aquellos hechos que configuran crímenes de guerra en sentido estricto, ya que, según las leyes y costumbres de la guerra que podían invocarse como fundamento de estos crímenes, el ámbito propio de estos crímenes se circunscribía al trato de los combatientes enemigos y de las poblaciones civiles de los países ocupados mediante la guerra. Sin embargo, el propósito de las potencias vencedoras de la Segunda Guerra Mundial incluía el juzgamiento de las conductas en contra de civiles que no estaban comprendidas en esta definición tradicional de los crímenes de guerra, especialmente en relación a juzgar hechos vinculados a los actos criminales cometidos por un Estado contra sus propios nacionales⁴⁵.

⁴⁵ Parenti remarca que “las declaraciones efectuadas por diversos gobiernos durante el transcurso de la guerra mencionaban, por ejemplo, denuncias sobre atrocidades cometidas en Alemania en perjuicio de personas de nacionalidad alemana o bien, en territorio de países del Eje contra personas de diversas

La Carta del Tribunal Militar Internacional definió en su art. 6 c) los crímenes de lesa humanidad como: “(...) asesinatos, exterminio, esclavitud, deportación y otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil, antes o durante la guerra, o persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos en ejecución o en conexión con cualquier crimen de jurisdicción del Tribunal, constituyan o no una violación de la legislación, constituyan o no una violación de a legislación interna del país donde hubiera perpetrado”.

El primer rasgo característico de esta definición, es que los crímenes contra la humanidad abarcan conductas que pueden haber sido cometidas tanto en tiempos de guerra como en tiempos de paz.

Otra diferencia entre ambas categorías de delitos está dado por su alcance respecto de conductas cometidas en contra de las poblaciones civiles: mientras que los crímenes de guerra se limitan a los actos cometidos contra poblaciones civiles en territorio bajo ocupación militar en tiempos de guerra⁴⁶; los crímenes contra la humanidad comprenden ataques contra cualquier población civil. Esto implica, al decir de Parenti, que “*quedan comprendidas las poblaciones civiles de países ocupados así como las de países no ocupados y que abarca también los actos cometidos por el Estado contra su propia población, es decir, sus propios nacionales y contra personas que se encuentran en su territorio (por ej. Persecuciones dentro de la Alemania llevadas a cabo por el régimen nazi)*”⁴⁷.

Respecto del ámbito de aplicación, y según surge del Estatuto del Tribunal Militar, los crímenes de guerra, y si bien cada una de las figuras tiene un ámbito exclusivo de aplicación -sólo los crímenes de guerra se refieren a actos contra combatientes enemigos, y, sólo los crímenes contra la humanidad tiene por objeto conducta contra poblaciones civiles de países no ocupados por la guerra-, ambas figuras coinciden en abarcar los hechos cometidos contra las poblaciones civiles de países ocupados mediante la guerra. Concretamente, los actos cometidos contra la población civil de países ocupados por las fuerzas beligerantes del Eje podían ser, a la vez, crímenes de guerra y de lesa humanidad; y si bien esta superposición

nacionalidades, incluyendo nacionales de países que no integran el bando de los aliados. Así, las denuncias incluían las persecuciones de judíos dentro de Alemania, la persecución la persecución bajo el régimen nazi de diversos opositores políticos y las atrocidades cometidas por alemanes en Italia contra italianos. Todos estos casos, y otros análogos, no estaban cubiertos por la noción tradicional de los crímenes de guerra. Para poder juzgarlos debía recurrirse a una ampliación de este concepto o, bien, a la creación de una nueva categoría de delitos que viniera a completar a los crímenes de guerra en sentido estricto”. Conf. Parenti, Pablo, “Crímenes contra la humanidad. Origen y evolución de la figura, y análisis de sus elementos centrales en el Estatuto de Roma”, publicado en Los Crímenes contra la Humanidad y el Genocidio en el Derecho Internacional, ed. Ad-Hoc-, 1º ed., Bs. As., 2007, pags.16/17.

⁴⁶ V. lo establecido en la Sección 3 del Reglamento relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre, que está como anexo de la IV Conferencia de La Haya relativa a las leyes y costumbres de la guerra terrestre de 1907.

⁴⁷ Conf. Parenti, Pablo; “*Op. Cit.*”, pag. 19.

parcial entre ambas categorías de delitos, no constituye, en sí misma, un obstáculo para establecer una distinción conceptual entre ellas, aunque esta autonomía no pudo ser alcanzada en la Carta del Tribunal Militar Internacional⁴⁸.

Es por estas razones que se ha caracterizado a la figura de los crímenes contra la humanidad en la Carta y en la jurisprudencia del Tribunal de Nüremberg como una extensión de los crímenes de guerra o como una categoría accesoria a ellos, destinada a cubrir ciertos ámbitos vinculados a la guerra pero no abarcados por la noción tradicional de los crímenes de guerra. Pese a este carácter accesorio a acompañante de la figura de los crímenes contra la humanidad en el derecho de Nuremberg, todas las sentencias a muerte dictadas por el tribunal tuvieron por base una condena por crímenes contra la humanidad.

La figura de los crímenes contra la humanidad también fue incluida en la Carta del Tribunal Militar para el Lejano Este en términos muy similares a los del art. 6 c) del Estatuto del Tribunal de Nuremberg; aunque en ninguno de los casos llevados ante el Tribunal para el Lejano Este se formuló acusación por la comisión de crímenes contra japoneses en territorio japonés, sino únicamente por conductas cometidas contra ciudadanos extranjeros, razón por la cual, Schwelb, aquí es más evidente aún que los crímenes contra la humanidad no fueron sino otra descripción de los crímenes de guerra⁴⁹.

La definición de los crímenes que surge de la Carta del Tribunal de Nüremberg y de las sentencias dictadas por él fue ratificada por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante la resolución 95 (I) del 11 de diciembre de 1946, titulada “Confirmación de los Principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal de Nüremberg”.

Asimismo, mediante, la resolución 177 (II), aprobada el 21 de noviembre de 1947, la Asamblea General encomendó a la Comisión de Derecho Internacional la formulación de los “Principios de Derechos Internacional reconocidos por el Estatuto y las Sentencias del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg”. Dichos principios fueron formulados por la Comisión de Derecho Internacional en 1950, que incluía el catálogo de los crímenes que había formado parte de la Carta del Tribunal de

⁴⁸ Según recopila Parenti, “Sobre la razón de esta restricción contenida en el art.6 c) de la Carta, se ha afirmado que la introducción del requisito del nexo con la guerra se debió a la necesidad de los países aliados de justificar la idea de que ciertas conductas podían consideradas crímenes de derecho internacional (y no, meramente delitos de carácter local o nacional) y, asimismo, de legitimar la actuación de un tribunal internacional. En otras palabras, el elemento necesario para que las conductas pudieran ser vistas como criminales según el derecho internacional (superando el umbral de lo estrictamente local) y para que se justificara el ejercicio de una jurisdicción “internacional”, habría sido su conexión con la guerra”. Conf. Parenti, “Op. Cit.”, pag. 21.

⁴⁹ V. Schwelb, Crimes against humanity, 23 British Year Book of International Law, 1946, pag. 215, citado por Parenti, “Op. Cit.”, pag. 24.

Nüremberg; y, en cuanto a la figura de los crímenes contra la humanidad, la Comisión de Derecho Internacional omitió la frase “antes o durante la guerra” que figuraba en el Estatuto del Tribunal de Nüremberg dado que, a su juicio, ella hacía referencia a un conflicto bélico determinado, la Segunda Guerra Mundial. Sin embargo, la Comisión mantuvo expresamente el requisito de la conexión con los crímenes de guerra y los crímenes contra la paz, pese a que ya se impulsaba la independencia de esta figura respecto de dichos crímenes y a que ya se había aprobado la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio en la que se dejaba sentado que el genocidio –figura que se desprende de los crímenes contra la humanidad- era “un delito de derecho internacional”, sea cometido en “tiempo de paz o de guerra”.

Paralelamente, la Comisión de Derecho Internacional comenzó su trabajo de preparación de un Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad; y, en cuanto a si el tema de si debía mantenerse o no el nexo con la guerra apareció como un punto problemático desde los inicios de la labor de la Comisión. Asimismo, comenzaba a debatirse la cuestión de cómo podrían distinguirse los crímenes contra la humanidad de los delitos ordinarios previstos en las legislaciones nacionales si se eliminaba dicho requisito. En este sentido, las propuestas incluyeron desde la pasividad o sistematicidad de los hechos hasta la actuación bajo la instigación o la tolerancia de las autoridades y las motivaciones políticas, sociales, raciales, religiosas o culturales. Desde su creación, la Comisión elaboró varios proyectos sin que ninguno lograra el consenso necesario para su aprobación⁵⁰.

Posteriormente, en cuanto al nexo de los crímenes contra la humanidad con la guerra, los desarrollos del derecho internacional posteriores a los juicios de Nüremberg fueron consolidando la idea de su eliminación. Ello puede verse, por ejemplo, en la ya mencionada Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, en la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad, en la Convención Internacional sobre Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid, así como en los diversos proyectos de la Comisión de Derecho Internacional a partir de 1954⁵¹.

Pese a tal acuerdo, el derecho internacional tardó vario años en lograr una definición precisa, clara y bien establecida de los crímenes de lesa humanidad.

Como fue dicho anteriormente, el establecimiento de los tribunales internacionales para la ex Yugoslavia y para Ruanda por parte del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas constituye un antecedente sumamente relevante para la posterior creación de la Corte Penal Internacional y se

⁵⁰ V. Parenti, “*Op. Cit.*”, pags. 24 y sgts.

⁵¹ V. Parenti, “*Op. Cit.*”, pags. 24 y sgts.

enmarca en el proceso de consolidación que el derecho penal internacional exhibió durante la última década del siglo XX. En lo que aquí interesa cabe destacar que los estatutos de ambos tribunales contienen definiciones de crímenes de derecho internacional, incluidos los crímenes de lesa humanidad.

Así, el Estatuto del Tribunal para la ex Yugoslavia (art. 5º) define los crímenes contra la humanidad como: *“...los siguientes crímenes cuando hayan sido cometidos en un conflicto armado de carácter interno o internacional y dirigidos contra cualquier población civil: a) asesinatos; b) exterminios; c) esclavitud; d) deportación; e) encarcelamiento; f) tortura; g) violación; h) persecución por motivos políticos, raciales o religiosos; i) otros actos inhumanos”*.

Por su parte, el Estatuto del Tribunal para Ruanda (art.3) establece que se consideran crímenes de lesa humanidad: *“...los crímenes que se señalan a continuación, cuando hayan sido cometidos como parte de un ataque generalizado o sistemático contra cualquier población civil por motivos de nacionalidad o por motivos políticos, étnicos raciales o religiosos: a) homicidio intencional; b) exterminio; c) esclavitud; d) deportación; e) encarcelamiento; f) tortura; g) violación; h) persecución por motivos políticos, raciales o religiosos; i) otros actos inhumanos”*.

Como puede observarse, estas definiciones mantienen a la población civil como objeto de las acciones en forma coherente con las formulaciones de los crímenes contra la humanidad que se concretaron a partir de la Segunda Guerra Mundial. Sin embargo, dichas definiciones no coinciden entre sí y, a su vez, ambas se diferencian de la figura de los “crímenes de lesa humanidad” contenida en el art. 7º del Estatuto de Roma.

El Estatuto dispone en su art.7º: 1. *“A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por crimen de lesa humanidad cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque”*; mientras que en el inciso 2 del mismo artículo establece: *“A los efectos del párrafo 1; a) Por “ataque contra una población civil” se entenderá una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párr. 1º contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer esos actos o para promover esa política”*.

El artículo parcialmente transcrito puede dividirse en tres partes: el encabezado (art. 7.1 párr.º1) que describe las condiciones para que una conducta de las enumeradas en los incs. a)-k) ingrese dentro del ámbito de la figura de los crímenes contra la humanidad (cláusula umbral); una segunda parte, que menciona en los incs. a)-k) del art. 7.1 las conductas concretas que pueden constituir crímenes contra la humanidad (asesinato, exterminio, esclavitud, etc.). Y finalmente, una tercera parte, (arts. 7.2 y

7.3), que contiene una serie de normas interpretativas de algunos términos empleados en las dos primeras partes. De estas normas interpretativas, sólo una (art.7.2.a) se refiere al encabezado y aclara el sentido de la expresión “*ataque contra una población civil*”⁵².

Ahora bien, en relación al nexo existente en el Estatuto del Tribunal de Nuremberg, y el finalmente aprobado por en el Estatuto de Roma, se fue diluyendo la idea de la necesidad de que el crimen de lesa humanidad esté conectado con un conflicto armado, ni la verificación de que la comisión de los crímenes haya tenido una motivación discriminatoria⁵³.

El tipo objetivo del crimen contra la humanidad entraña la realización de al menos una de las conductas enumeradas en los incisos enumerados desde el a) al k) en el marco de una ataque generalizado o sistemático a la población civil (cláusula umbral)⁵⁴ cometido de “*conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque o para promover esa política*”, y que es el elemento que lo diferencia de otros crímenes domésticos.

Al analizar los elementos objetivos de esta figura penal, encontramos que, en relación al término “ataque”, el mismo Estatuto lo define como “*Una línea de conducta que implique la comisión de múltiples actos*”, pero sin duda los componentes que mayor análisis requiere son los términos generalidad y sistematicidad.

Nuestro Máximo Tribunal, adhiriendo plenamente al dictamen del Procurador General en el caso “Derecho”⁵⁵ definió expresamente el significado de los términos generalizado y sistemático; y para esta definición, se tare a colación el fallo elaborado por el Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia in re “Prosecutor vs. Tadic” de 7 de mayo de 1997, de donde surge que la inclusión de los requisitos de generalidad y sistematicidad tenía como propósito la exclusión de hechos aislados o aleatorios. Generalidad significa la existencia de un número considerado de víctimas, y sistematicidad hace referencia a la existencia de un patrón, un plan metódico para realizar esas conductas.

También la misma resolución, señala no es necesario que estos elementos se den acumulativamente, sino que cada uno de ellos es suficiente por sí solo para configurar el crimen de lesa humanidad.

⁵² V. Parenti, “Op. Cit.”, pag.36

⁵³ Parenti recuerda que “*ambos aspectos fueron, empero, algunos de los puntos centrales que se discutieron por parte de los delegados en las sesiones preparatorias: discusiones que se extendieron hasta la propia Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una corte penal internacional que concluyó con la aprobación del Estatuto*”. Conf. Parenti, Pablo, “Op. Cit.”, pag.35.

⁵⁴ V. en relación l elemento de contexto, Ambos Kai, Temas de Derecho penal internacional y europeo, ed. Marcial Pons., ediciones jurídicas y sociales s.a., Madrid-Barcelona, 2006, pag168 y sgts.

⁵⁵ “Derecho, René Jesús s/incidente de prescripción de la acción penal –causa 24.079, resolución de 11 de julio de 2007

Llegado a este punto, es válido sostener preliminarmente que los hechos bajo análisis podrían encuadrar en el concepto de crimen de lesa humanidad, ya que, del solo de observar el requerimiento fiscal es posible observar una práctica sistemática de torturas –generalmente estaqueos, a los soldados conscriptos, y que estas violaciones a los derechos humanos no sería una práctica aislada o aleatoria, cumpliendo así con los requisitos de “ataque” “sistematicidad” y “generalidad”

Ahora bien, para poder terminar este cuadro de situación, es necesario analizar el término “contra una población civil”

En primer lugar la referencia a la población civil como objeto de ataque es una característica que los crímenes de lesa humanidad mantienen desde sus orígenes, codificados desde el Estatuto del Tribunal de Nuremberg, y se remonta incluso al *ius in bello*.

La definición remarca “una” población civil, expresión que también aparece en el Estatuto de Nuremberg y desde ese momento tuvo la intención de dejar en claro que el ámbito de aplicación de la figura también comprendía los actos llevados a cabo por un Estado contra sus propios habitantes, y que ninguna población podía quedar excluida, ni tampoco ninguna minoría o grupo por parte de una comunidad⁵⁶.

En relación al término “población” como objeto del ataque, las diversas interpretaciones indican que los crímenes a los que se refiere la figura excluyen las acciones aisladas y se dirige contra aquellos que tienen una “naturaleza colectiva”⁵⁷.

En cuanto al análisis de la palabra “civil”, la tendencia es interpretarla de manera amplia. Así, por ejemplo, en el caso “Tadic”, la Sala de Juicio recordó la interpretación de esta figura realizó la Suprema Corte británica al entender que los crímenes contra la humanidad eran aplicables a casos donde el autor y la víctima eran de la misma nacionalidad sin reparar en la condición de militar o civil. También se mencionó el caso “Barbie” en el cual la Corte de Casación francesa consideró que podrían ser víctimas contra la humanidad los miembros de la resistencia armada. Asimismo, en “Vukovar Hospital Decisión” también se entendió que los miembros de un movimiento de resistencia podían en ciertas circunstancias ser víctimas de crímenes contra la humanidad; en el caso de miembros de la resistencia que habían depuesto las armas y se hallaban en un hospital⁵⁸.

Con respecto al modo de interpretar el término “civil” en el contexto de crímenes de lesa humanidad, Kai Ambos destaca que estos crímenes están vinculados, antes que a las leyes de guerra, a la protección de los derechos humanos, y recalca que se requiere la protección de cualquier

⁵⁶ V. Parenti; “*Op. Cit.*”, pag.53.

⁵⁷ V. Parenti; “*Op. Cit.*”, pags.53 y sgts.

⁵⁸ V. Parenti; “*Op. Cit.*”, pags.55 y sgts.

individuo frente a actos inhumanos y que, por lo tanto, es necesario establecer una definición que alcance, al menos, a todas las personas que no tiene protección bajo el derecho internacional humanitario y que en tiempo de paz (cuando el derecho humanitario no es aplicable) el alcance el alcance de “personas civil” debe ser más amplio que en tiempo de guerra⁵⁹.

Ambos propone una definición similar a la expuesta por el Tribunal ad hoc para la ex Yugoslavia en “Blaksic”, donde consideró que los crímenes contra la humanidad podían ser cometidos, además contra los civiles en sentido estricto, contra miembros de la resistencia y contra combatientes que no estuvieran formando parte de las hostilidades al momento de los hechos. Kai Ambos sostiene que todo individuo, sin reparar en su condición formal de miembro de una fuerza armada, debe ser visto como un civil a menos que integre una fuerza que sea hostil hacia el autor del hecho y que no haya depuesto las armas ni esté fuera de combate⁶⁰.

De este modo, quedarían comprendidos como personas civiles y, por lo tanto, como posibles víctimas de crímenes contra la humanidad, también los miembros activos de las fuerzas armadas que participen en hostilidades siempre que quienes cometan los crímenes contra ellos no formen parte del bando que enfrenta las hostilidades. Esta interpretación de Ambos coincide, con la sostenida por la Suprema Corte de la zona británica cuando consideró a soldados del Ejército alemán como víctimas de crímenes contra la humanidad cometidos contra alemanes, teniendo en cuenta que estos soldados no integraban una fuerza armada hostil contra los autores de los crímenes.

Kai Ambos sostiene que, en la actualidad, la prohibición de cometer crímenes contra la humanidad está al servicio de la protección de los derechos humanos de los civiles en general. Sin embargo, no sólo pueden ser violados los derechos humanos de los civiles, sino también de los soldados. El Tribunal de la ex Yugoslavia, en el caso “Prosecutor v. Kupresic”, manifestó que *“no acabamos de ver por qué, según estas resoluciones (en particular la que prohíbe la persecución), sólo es necesario proteger a los civiles y no también a los combatientes, por cuanto podemos afirmar que las mismas poseen un propósito y un alcance humanitario más amplio que los que prohíben crímenes de guerra”*, concluyendo que si bien no podía pasar por alto los términos de su Estatuto, que exige explícitamente el elemento “civil”, era necesaria una interpretación amplia del término⁶¹.

Posteriormente, Ambos recuerda que esta interpretación más extensa del término “civil” está respaldada por la jurisprudencia empezando con las

⁵⁹ V. Ambos, Kai; *Op. Cit.*, pag.193.

⁶⁰ V. Ambos, Kai; *Op. Cit.*, pags.193 y sgts.

⁶¹ V. Ambos, Kai; *Op. Cit.*, pag. 191 y sgts.

resoluciones de los Tribunales alemanes que siguen la LCC 10 ya citada, en el caso de la zona británica ocupada ventilado ante el Tribunal Supremo alemán, donde los acusados fueron condenados por haber sentenciado a muerte y ordenado la ejecución de dos soldados (alemanes) que habían desertado durante los últimos días de la guerra. El Tribunal señaló que el crimen en contra de los soldados no se había cometido contra una población civil pero resolvió que esto no era necesario puesto que los crímenes contra la humanidad pueden ser cometidos en contra de soldados también; y, en otro caso, el mismo Tribunal condenó a un acusado por sentenciar a muerte a dos soldados alemanes que habían cometido el “delito” de desmoralizar a las fuerzas armadas (Tribunal Supremo Alemán en la zona británica ocupada, juicio, caso nº StS 309/49, 18 de octubre de 1949)⁶².

Las dos resoluciones precitadas, apoyan el punto de vista según el cual los crímenes contra la humanidad pueden ser cometidos en contra de soldados de igual nacionalidad que la de los criminales, resolviendo la situación planteada en la película Iluminados por el Fuego, por lo que no habría obstáculo legal alguno para considerar esos hechos como crímenes de lesa humanidad.

Esta manera de definir a los miembros de la población a los efectos de determinar el conjunto de las posibles víctimas de los crímenes contra la humanidad permite dar una respuesta convincente a situaciones que de otro modo podían recibir una solución insatisfactoria. En efecto, si fuera determinante la condición de integrante regular de una fuerza armada para excluir a una persona del ámbito de esta categoría de crímenes, ello conduciría, por ejemplo, a que las violaciones a los derechos humanos cometidas de manera sistemática contra soldados de la propia tropa por sus superiores, fuesen consideradas crímenes contra la humanidad solo en relación con personas que no revirtieran esa calidad. En otras palabras, los actos violatorios de los derechos humanos contra integrantes de una fuerza armada quedarían fuera del ámbito de estos crímenes, situación que no tendría mayor justificación.

LOS HECHOS ANALIZADOS A LA LUZ DEL DERECHO ARGENTINO

A fin de poder concluir este ensayo, y al no haber duda que ante la normativa internacional que acabamos de analizar, los hechos analizados caen bajo la esfera de los crímenes de lesa humanidad con todo lo que ello implica, queda por analizar la legislación nacional.

En este sentido, es necesario señalar que la punibilidad de conductas con base exclusiva en el derecho internacional no es una exigencia del

⁶² V. Ambos, Kai, Op. Cit., pag. 191 y sgts.

derecho penal internacional sino una regla que cobra sentido cuando la ley penal de un Estado no considera punibles esas conductas. En los casos en donde la ley penal, a través de sus tipos penales, puedan captar las conductas que son delictivas a la luz de la normativa internacional, no habría problema alguno para que los tipos penales capten esos hechos de acuerdo a la normativa vigente al momento de los hechos y aplique las penas que tienen previstas.

En primer lugar, en relación a la normativa incorporada al ordenamiento jurídico nacional, Argentina es firmante original de los cuatros Convenios de Ginebra mediante el decreto 14.442 del 9 de agosto de 1956 y ratificado por ley 14.467, ver ADLA-A 1880/1919, pags. 798 y sgts, mientras que la Convención de La Haya sobre Leyes y Costumbres de la Guerra del 29 de julio de 1989 Argentina adhirió mediante la ley 5082, ver ADLA-A 1880/1919, pag.712, además de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de lesa humanidad, la cual fue aprobada por ley 24.584 del 1º de noviembre de 1995 y obtuvo jerarquía constitucional mediante la ley 25.778 del 20 de agosto de 2003.

Por otra parte, La definición de crimen de lesa humanidad fue especialmente tenida en cuenta por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los precedentes “Arancibia Clavel”⁶³, “Simon”⁶⁴ y “Derecho”⁶⁵, sobre el presupuesto que el estatuto de Roma no creó sino que reafirmó el producto de la más alta fuente del derecho internacional que se impone a los estados, que no puede ser derogada por tratado alguno, que debe ser aplicada por los tribunales internos de los países independientemente de su eventual aceptación expresa y que prohíbe la comisión de crímenes contra la humanidad incluso en épocas de guerra: el *ius cogens*.

Es más, en los autos “Simon”, particularmente la Corte señaló que la descripción jurídica de estos delitos contiene elementos comunes de diversos tipos penales descriptos, y otros excepcionales que permiten calificarlos como crímenes de lesa humanidad porque o afectan a la persona como integrante de la “humanidad” contrariando la concepción humana más elemental y compartida por todos los países civilizados, y que son cometidos por un agente estatal en ejecución de una acción gubernamental, o por un grupo con capacidad para ejercer un dominio y ejecución análogos al poder estatal sobre un territorio determinado

En este sentido, el antiguo Código de Justicia Militar –que data del año 1951 y que recién fue derogado el 29 de agosto del año 2008 por la ley 26.394, establecía como sanción disciplinaria a los soldados en época de

⁶³ “Recurso de hecho deducido contra el Estado Nacional y el Gobierno de Chile en la causa Arancibia Clavel, E.L., s/homicidio calificado y asociación ilícita y otros”, de 24 de agosto de 2004.

⁶⁴ “Simón, Julián Héctor s/privación de la libertad y otros, causa n°17.768”, de 14 de junio de 2005.

⁶⁵ “Derecho, René Jesús s/incidente de prescripción de la acción penal”, causa 24.079, de 11 de julio de 2007.

campaña el castigo del “calabozo”⁶⁶ el cual consistía en recluir al autor de la falta y que esta reclusión no podía exceder de tres meses debiendo sacarse al infractor diariamente para ejercicios y fajinas⁶⁷.

Es decir, al momento de los hechos, en caso de pensar que robar comida para alimentarse debiera ser considerado como algún tipo de falta

Ahora bien, para caso como el presente, en principio, desde el punto de vista de la justicia militar, la figura que encuadraría los hechos denunciados correspondería a la de “abuso de autoridad” , que en el art. 702 del Código de Justicia Militar establece que *“el militar que se exceda arbitrariamente en el ejercicio de sus funciones perjudicando a un inferior, o que lo maltratare prevalido de su autoridad, será reprimido con sanción disciplinaria o con prisión, siempre que el hecho no resulte un delito mas grave, en cuyo caso, se aplicara la pena que a este le corresponde”*.

Es decir, de acuerdo con esta norma, constituirían delitos más graves, aquellos previstos y sancionados por el Código Penal, el cual podrían ser absorbidas, por delitos de lesiones, homicidios o torturas, y que según una basta jurisprudencia, estas figuras penales desplazarían al art. 702 del Código de Justicia Militar.

CONCLUSION

Toda la regulación jurídica vinculada a las situaciones planteadas por los conflictos armados, en la forma en que hoy se lo conoce, es más bien reciente; sin embargo, tiene una larga historia tras de sí.

Ya en un tiempo lejano, los dirigentes militares ocasionalmente ordenaban a sus tropas que respetaran la vida de los enemigos capturados y les brindaran un buen trato, y que evitaran hacer objeto de ataques a la población enemiga; al término de las hostilidades, las partes beligerantes convenían a veces en hacer un canje de prisioneros en su poder. Con el tiempo, esas prácticas fueron transformándose, gradualmente, en norma consuetudinarias sobre la guerra, es decir, normas que las partes en un conflicto armado deben respetar, incluso en ausencia de una declaración unilateral o de un acuerdo mutuo a tal efecto.

Por mucho tiempo, el ámbito de aplicación y el contenido de las normas consuetudinarias sobre la guerra, al igual que el derecho internacional consuetudinario, fueron un tanto inasible e incierto. La manera más efectiva que los Estados hallaron para suprimir tales imprecisiones fue la elaboración de tratados, es decir, la negociación de versiones consensuadas de esas normas y la expresión de éstas en instrumentos vinculantes internacionalmente aceptados.

Los brutales acontecimientos bélicos que vivió la humanidad durante el siglo XX obligan a que durante el siglo XIX los Estados busquen

⁶⁶ Art. 549, inc) 1 del Código de Justicia Militar.

⁶⁷ Art. 572 del Código de Justicia Militar.

establecer e implementar todos los mecanismos posibles para restringir los terribles sufrimientos que pueden ocasionar las guerras. Prácticamente, todas las conductas que no se produzcan dentro del espacio y tiempo específico en que se produce un conflicto bélico, deben ser analizadas a fin de otorgar la mayor protección posible a quien se encuentre en situación de víctima (y no de combatiente), sean civiles o soldados.

Los hechos sucedidos en las Islas Malvinas durante el conflicto bélico Con Bretaña, bajo ningún punto de vista pueden ser analizados como un tema ajeno a las consecuencias producidas por el Dictadura Militar que usurpó el poder constitucional el 24 de marzo de 1976. Muchas de los miembros de las Fuerzas Armadas que concurrieron a las Islas también habían actuado durante le represión ilegal, incluso varios de ellos, están siendo investigados penalmente en la causa que tramita en el Juzgado Federal de Río, Tierra del Fuego.

La experiencia sufrida por muchos jóvenes de 18 años, que hacían el servicio militar obligatorio –y no solo las víctimas directas de las torturas sufridas, sino todos los jóvenes que estuvieron en las Islas durante el conflicto- deben ser también consideradas víctimas de los delitos de lesa humanidad cometidos en el país durante la implementación de ka desapareció sistemática de personas cometidas desde el aparato organizado del Estado de manera clandestina.